

# 发现犯罪与保障人权

## ——两份“刑事诉讼法再修改学者(专家)建议稿”

### 初查规定之评析

卢乐云

**摘 要:**“两稿”初查规定旨在实现发现犯罪与保障人权之平衡,如坚持立案制度,发挥其保障人权的功能;赋予初查合法地位,增强发现犯罪能力;限制初查措施及程序,防止初查权滥用以保障人权等。同时,“两稿”初查规定在“初查”的称谓、立案制度的定位、初查措施的设计等方面有待进一步探讨。

**关键词:**初查;发现犯罪;保障人权

#### 一、问题的提出

控制犯罪与保障人权是现代刑事诉讼法制的两大主题,具体到刑事诉讼起始程序,在提高发现犯罪能力与强化保障人权力度两者之间的选择矛盾十分突出。我国现行刑事诉讼法对侦查的启动采取程序性启动模式,即以立案程序启动侦查,并明确规定“认为有犯罪事实,需要追究刑事责任”才能决定立案侦查,前者为事实条件,后者为法律条件。根据通说有犯罪事实是指客观上存在着某种危害社会的犯罪行为,也就是要立案追究的必须是依照刑法规定构成犯罪的行为,并且要有一定的证明材料证明犯罪事实确已发生<sup>[1](P.360)</sup>。这种以“甄别案件、区别对待”为立法思路的立案制度体现了“保障人权”的鲜明价值取向,即通过立案条件限定进入刑事诉讼程序案件的范围,从而将刑事诉讼程序限定在必须且必要的案件。实践表明,立案制度对于保护公民合法权益不受侵犯,保障无辜的公民不受刑事追究发挥了重要作用;对于健全我国社会主义法制,保证刑事诉讼的正确进行有着特别重要的意义。

随着我国经济社会转型,刑事犯罪趋于隐蔽化,具有主体身份的特殊性和行为的职务性、法定性等特定的职务犯罪尤甚,立案程序的屏障功能在一定程度上制约了发现犯罪的能力。面对纷繁复杂的不确定线索,在寻求发现犯罪与保障人权之衡平的过程中,为了判明是否符合立案条件,人民检察院通过举报工作和办理职务犯罪案件工作实践,创制了初查制度。最高人民检察院于 1999 年 1 月颁发的《人民检察院刑事诉讼规则》(以下简称《诉讼规则》),正式确立此制度,并在立案一章的第二节“初查”用六个条文明确了初查规则,初查对于办理职务犯罪案件产生了重大作用。公安机关基于办理经济犯罪案件具有以人立案的相同模式,也在办案实践中借鉴了初查制度。

然而,由于《诉讼规则》规定的初查措施法律依据缺失,初查制度备受理论界的质疑,实践中的运行也处于十分尴尬的境地。在新一轮司法改革中,陈光中教授主编的《刑事诉讼法再修改专家建议稿与

作者简介:卢乐云,厦门大学法学院刑法学博士研究生、湖南省人民检察院副检察长。

论证》(以下简称“陈稿”)和徐静村教授主持的《中国刑事诉讼法(第二修正案)学者建议稿及立法理由》(以下简称“徐稿”)分别提出了初查制度的立法构想。这些立法构想对于促进刑事诉讼起始程序发现犯罪与保障人权之衡平有何价值?还存在哪些尚待进一步探讨的地方?对此,理论界和实务界缺乏深入研究。基于初查制度产生于人民检察院办理职务犯罪案件实践,笔者不揣浅陋,结合职务犯罪初查实践谈点学习两份建议稿的体会,以期抛砖引玉。

## 二、“两稿”初查规定简介

“徐稿”在“第3编、侦查”之“第1章侦查的发动”中以“初步调查”的称谓提出了规定初查的建议。第158条规定:“公安机关发现案件线索后,应当立即进行审查。对于可能需要侦查的,应当立即进行初步调查。初步调查中,公安机关在必要的时候可以采取询问、查询、勘查、检验、调取证据材料等措施,但不得对被查对象采取强制措施,不得查封、扣押、冻结被对象的财产。”第159条规定“初步调查后的处理”。第240条规定将初步调查扩展适用人民检察院、军队保卫部门、走私犯罪侦查部门、监狱侦查刑事案件<sup>[2]</sup>(P.129-131)。

“陈稿”在“第2编、立案、侦查和审查起诉”之“第1章、立案”中以“必要的调查”称谓提出了立案前可以进行调查的建议。其中,有一个条文直接规定立案前“可以进行必要的调查”,即第159条规定,“公安机关、人民检察院对于获得的犯罪嫌疑材料,应当按照管辖范围,迅速进行审查。为了对犯罪嫌疑材料进行调查、核实,公安机关、人民检察院可以进行必要的调查活动,但不得采取剥夺、限制单位和个人合法权利的调查措施”<sup>[3]</sup>(P.418-421)。

## 三、“两稿”初查规定对发现犯罪和保障人权的衡平

笔者通过深入学习,深切感到两份建议稿立足国情,在西方法治意识形态大举登陆的特定背景下,珍惜并挖掘本土法治资源,积极回应我国司法实践需求,以吸纳初查制度为重要措施之一,坚持并不断完善包括立案制度在内的具有中国特色的社会主义刑事司法制度,其中有关初查制度的规定对于促进刑事诉讼起始程序发现犯罪与保障人权的衡平具有重要价值。

### (一)坚持立案制度,发挥其保障人权的功能

我国刑事诉讼法学界对于立案程序的存废之争有“肯定说”、“否定说”和“保留完善说”。如“否定说”以为,立案的条件要求背离了人的认识规律;与无罪推定原则相背离,有审前预断之嫌疑<sup>[4]</sup>(P.334-335)。“立案阻碍了侦查功能的发挥,使侦查无法展开。为了让侦查发挥其应有的作用……应该改变我国的侦查启动模式,取消立案程序”<sup>[5]</sup>。

立案的存废之争不可避免地涉及到立案与初查的关系,因为立案制度是初查产生的制度前提,否定了立案制度也就否定了初查制度存在的必要性。立案“肯定说”侧重的是刑事诉讼的人权保障功能,“否定说”突出的是刑事诉讼的控制犯罪功能。正如“陈稿”的论证“说明理由”所指出的那样,“为了保护公民权力不因侦查犯罪而受到过度干预,在我国侦查手段法治化不高的现实情况下,将立案活动作为一个相对独立的诉讼阶段具有防止侦查权力扩张和侦查手段滥用的现实意义”。即立案制度是我国现实国情下实现控制犯罪和保障人权的最佳选择,否定立案制度转而效法西方国家的侦查启动模式不符合我国现实国情。基于此,“两稿”坚持了立案制度。如“徐稿”第159条和“陈稿”第160条的规定依然以“认为有犯罪事实需要追究刑事责任”作为决定立案的条件。质言之,坚持立案制度,发挥立案制度的人权保障功能是“两稿”初查规定的基本前提,至于立案程序的屏障功能在一定程度上制约了刑事诉讼启动程序对犯罪的输入功能,则可以通过初查制度来予以弥补。

### (二)赋予初查合法地位,增强发现犯罪能力

从立法论出发,初查的法律地位取决于初查在刑事司法实践的应然价值——通过初查,克服立案程序制约犯罪输入功能的缺陷,增强发现犯罪的能力,以实现发现犯罪和保障人权的平衡。此点从初查产生与发展的实际情况中也可以得到印证。初查产生于我国检察机关办理职务犯罪案件和公安机关办理

经济犯罪案件的实践中,尤其是在检察机关办理有关职务犯罪的大案要案中发挥了较大作用,成为我国反腐败制度的重要组成部分之一。因为职务犯罪案件的隐蔽性强,犯罪黑数率高,立案程序制约犯罪输入功能的缺陷在职务犯罪领域尤为明显,为了有效地发现、控制此类犯罪,初查制度应运而生。只是囿于现行刑事诉讼法对初查未予规定,加之初查法律制度不完善使得初查权滥用造成了一定危害,从而导致了理论界对初查制度的争议和实务界的初查实践处于尴尬的境地。面对以上争议与尴尬,“两稿”果断地以不同的表现形式将初查制度纳入了立法建议,主张赋予其合法地位,肯定了初查制度的价值。

从初查的目的看,“陈稿”在第159条明确规定其目的是“为了对犯罪嫌疑材料进行调查核实”;“徐稿”在第158条关于“初步调查”的“释义与论证”中强调“初步调查的目的在于判明线索是否符合侦查的条件”。显然,关于目的的规定,前者的“调查核实”、后者的“判明线索”都说明建议稿既高度重视有效地将隐蔽性较强的犯罪及时进入刑事侦查程序,又非常关注有效防范错将不具有犯罪嫌疑的线索或者不涉嫌犯罪的被查对象纳入刑事诉讼程序。

从初查的范围看,两份建议稿将所有刑事犯罪线索都纳入了初查的范围,与《诉讼规则》规定对受理的职务犯罪线索进行初查比较,在犯罪类型上两份建议稿拓展到了所有犯罪;在不同的来源线索上从被动受理的线索拓展到了侦查机关自行发现的线索;初查主体也从人民检察院拓展到了所有具有侦查权的侦查机关。在全面提高对各类刑事犯罪发现能力的同时,全面规范各侦查主体在刑事诉讼起始程序的行为,强化人权保障意识。

从初查的措施看,“两稿”体现了着力提高发现犯罪能力的立法思想。“徐稿”吸纳《诉讼规则》有关措施的规定,采取列举的方式规定了初查可以适用的措施和禁止性措施,如第158条第2款规定,“初步调查中,公安机关在必要的时候可以采取询问、查询、勘验、检验、调取证据材料等措施”。“陈稿”则从规定禁止性措施的角度,提供了初查可选择的措施,第159条第2款规定,“公安机关、人民检察院可以进行必要的调查活动,但不得采取剥夺、限制单位和个人合法权利的调查措施”。“徐稿”所列举的初查可使用措施都是现行刑事诉讼法上的非强制性侦查措施,也就是说将现行刑事诉讼法规定的一些侦查措施前移至立案前的初步调查阶段,以强化初步调查阶段收集涉案信息调取关键证据的功能,还一并解决了初查阶段所获证据的诉讼证据效力,从诉讼程序的连续性上有效避免重复劳动,进而充分体现诉讼经济原则,节约司法资源;“陈稿”虽然没有列举初查可适用的具体措施,但明确规定“可以进行必要的调查活动”。对此规定,“陈稿”在“修改理由”中明确指出在刑事诉讼理论上,一般将侦查机关收集调查证据的方法分为两类:任意性侦查和强制性侦查。一般而言,任意性侦查具体包括两大类:第一,凡是不涉及公民宪法权利的调查活动,如勘验、鉴定等,都属于任意性侦查。第二,虽然涉及公民宪法权利,但经权利人同意而不具强制性的调查活动。因此,任意性侦查的种类很多。除《诉讼规则》规定的“询问、查询、勘验、鉴定、调取证据材料等不限制被调查对象人身、财产权利的措施”外,还包括经对方同意的询问,经权利人同意的搜查、提取证据,向其他国家机关、企事业单位调查证据材料、了解情况,等等。按照这些修改理由,“陈稿”对可使用的初查措施放得更宽,给侦查部门在初查措施的选择上提供了大的自由裁量空间。虽然在笔者看来,初查阶段能否引入任意性侦查措施,还有待深入探讨,但至少从该稿的立法动机看,是基于初查阶段的特殊性而赋予初查措施的灵活性。

### (三)限制初查措施及程序,防止初查权滥用以保障人权

控制(发现)犯罪与保障人权永远是矛盾的对立统一体。基于弥补立案制度制约犯罪输入功能之缺陷而确立的初查权一旦被滥用,就会打破发现犯罪和保障人权之间的平衡。为了维系两者之间的平衡,必须限制初查措施及程序,防止初查权滥用以保障人权。

从初查的措施看,两份建议稿都对剥夺、限制人身和财产权利的措施规定了禁止性规范,强化刑事诉讼起始程序人权保障的立法理念。“徐稿”规定,“不得对被调查对象采取强制措施,不得查封、扣押、冻结被调查对象的财产”,“陈稿”在初查措施的禁止性规范上规定更严,规定中的“不得采取剥夺、限制单位

和个人合法权利的调查措施”,说明被保护的主体范围既包括被调查对象,又包括其他单位和个人,既包括人身财产权利,又包括人身财产权利以外的其他合法权利。保障人权范围更为广泛。

从初查的运行程序看,一方面,明确了启动初查的前提。“陈稿”第159条规定“调查活动是针对犯罪嫌疑材料”,同时强调是对所获得的犯罪嫌疑材料进行审查后所进行的必要的调查活动,这说明启动初查的前提必须是已经获得犯罪嫌疑材料并且经审查认为有必要进行调查;“徐稿”第158条则规定“对于可能需要侦查的应当进行初步调查”,同时在对本规定的释义与论证中强调“初步调查的条件是认为线索‘可能需要侦查’,即线索可能符合进行侦查的。这意味着对于明显不符合进行侦查的条件的线索,应当直接做出处理,没有必要进一步展开初步调查”。另一方面,设计了对初查结论决定的监督机制。其一,人民检察院依职权对公安机关实施立案监督,包括对公安机关应当立案侦查的案件而不立案侦查和不应当立案而立案侦查两种情形的监督,其中的第二种情形拓展了现行刑事诉讼法规定的立案监督范围,同时通过规定提出和落实监督意见的期限等程序,较现行刑事诉讼法强化了立案监督的刚性(“陈稿”第161条、“徐稿”第161条)。其二,被害人对应当立案而不立案的救济机制。被害人认为公安机关应当立案而不立案侦查的可以通过检察机关启动立案监督(“陈稿”第161条、“徐稿”第161条)。其三,“徐稿”规定了报案人、举报人、控告人对不立案决定的救济程序,报案人、举报人、控告人不服不立案决定的,可以在接到不立案决定后5日内申请复议,办案机关应当在收到复议申请后15日作出复议决定,并将复议决定送达复议申请人,复议后决定立案侦查的应当立案侦查(“徐稿”第160条)。其四,“陈稿”规定了被立案的犯罪嫌疑人的救济机制。被立案的犯罪嫌疑人认为公安机关对不应当立案的案件而立案侦查向人民检察院提出的,人民检察院应当在7日内对公安机关实施立案监督(“陈稿”第161条)。此外,“陈稿”还规定了公安机关、人民检察院包括初查在内的立案审查的期限,即第160条第2款规定“接受报案、控告、举报后,人民检察院和公安机关应当在一个月内作出是否立案的决定”等等。这些规定反映了两份建议稿一致性地认识到了初查的公共权力属性,更关注到了初查权的可能滥用将对被调查对象合法权益的侵害,进而通过规制初查启动和监督初查结论决定,既防范滥用初查权实现保障人权,又防范在初查结论上的失职渎职,保证涉嫌犯罪的案件及时输入刑事侦查程序。

#### 四、“两稿”初查规定衡平发现犯罪和保障人权之不足

##### (一)“初查”的称谓

对在决定立案之前所进行的“事实调查”的称谓,“陈稿”为“调查活动”,“徐稿”为“初步调查”,《诉讼规则》则为“初查”。三种称谓各有特点,“调查活动”能有效将“对事实的动态调查”和“对书面材料的静态审查”加以区分;“初步调查”既说明了是对事实的调查又揭示着这种调查在深入程度上是初步的,也是“初查”一词产生的由来。但笔者认为使用“初查”称谓更为恰当。其一,“初查”是立案前的“调查活动”历史演变的结果。如前所述,初查制度产生于检察机关办理职务犯罪案件实践之中。最高人民检察院根据1979年颁发的刑事诉讼法第61条关于“立案前的审查”规定,先后于1983年3月和1986年3月颁发的检察机关自侦案件办案程序暂行规定和试行规定都规定,立案前为了核实移送案件材料可以自己派人调查或配合有关单位联合调查。1985年1月全国检察机关第二次信访工作会议首次使用“初查”一词时与“初步调查”并用,“初步调查”即“初查”。之后,“初查”一词进入最高人民检察院有关举报制度规定和办理职务犯罪案件内部程序规定。根据1996年3月修改后刑事诉讼法,最高人民检察院于1999年1月颁发的诉讼规则正式确立“初查制度”,将“初查”与“书面审查”相分离,明确了“初查”措施,构建了初查规范。这种历史演变的过程和结果,已经赋予“初查”一词明确的内涵和外延。其二,从字义分析,“初”即“开始”,表示时间、等级、次序等都在前的<sup>[6]</sup>(P.64);“查”即检查或翻看<sup>[7]</sup>(P.45)。两字组成“初查”一词,恰到好处的揭示着这种“事实调查”,相对于调查的时间是最开始的调查,相对于调查的程序是在起始程序阶段的调查,相对于调查的程度是初步的,较浅层次的,相对于调查力的强度是低等级的、是轻缓的。“初查”一词简练、明了,与立案后的“侦查”一词相对应,同时其内涵与立案后

侦查的深入性、全面性和有形力的强制性相呼应,因而与使用“调查活动”和“初步调查”相权衡,“初查”更能代表其性质,也更有利于与立案后的“侦查”相区分。其三,从汉语用语的约定俗成来看,“初查”一词虽然有论者斥之“生僻”,但业已被司法实践使用20多年,并成为了专业性的习惯用语。

### (二)立案制度的定位

初查制度是以立案制度为基础的,可以说没有立案制度就不会产生司法实践中的初查制度,也将失去构建初查法律制度的前提。如何定位立案制度是如何构建初查法律制度的基础因素。立案制度的定位关键在立案程序的定位和立案条件的确立上。对此,“陈稿”与“徐稿”的选择有较大的分歧。笔者认为,在立案程序的定位上应当支持“陈稿”,继续将“立案”作为与“侦查”、“起诉”等相并列的独立程序。其一,从发现犯罪来看,初查制度的确立克服了现行立案程序存在的对犯罪输入功能的制约,同时为了提高立案程序发现犯罪线索的能力,“陈稿”在立案环节增加了一系列新的规定,如侦查机关应当按照管辖范围对非正常死亡及时开展调查(第156条),行政执法机关在执法过程中和人民法院在审理民事、行政案件过程中发现有犯罪嫌疑的应当于3日内将有关线索、材料移送相应侦查机关(第157条)等。其二,独立的立案程序更有利于全面完善刑事诉讼起始程序的人权保障机制。从上文的分析可以看出“陈稿”在立案阶段人权保障机制的构建上明显优于“徐稿”。

在立案条件的确立上应当支持“徐稿”,以“有犯罪嫌疑”作为立案的事实条件。其一,有利于提高刑事诉讼程序及时发现、揭露犯罪的效率和能力。初查措施的轻缓性和局限性难以深入揭露犯罪、全面调取固定证据。当被初查的线索一旦确立有犯罪嫌疑且需要追究刑事责任时,立即决定立案侦查能迅速跟进全方位的侦查措施,防止证据流失。其二,有利于规范初查措施,促进初查阶段的人权保障。如果把立案条件中的事实条件规定过高,难免促使初查为了获取罪证而违法采取侦查措施,进而不仅混淆了初查与侦查,而且可能导致初查阶段出现严重侵犯人权的现象。其三,从刑事诉讼理论上讲,刑事侦查与行政调查等一般调查的区别除主体不同外,在客体上的区别是前者针对涉嫌犯罪的案件,后者针对非犯罪嫌疑事项。因此,确立了犯罪嫌疑就可以启动侦查,这也是国际通行的立法惯例。

“徐稿”的规定也还有值得商榷之处。首先,该稿第153条和第159条对事实条件规定的标准不一,前者是“有犯罪嫌疑”,后者是“认为有犯罪事实”。该稿虽然在“释义与论证”中指出,“认为”字样表明审查或者初步调查后的处理结果属于公安机关的主观判断,这种判断难免出现误差。但由于现行刑事诉讼法第86条是同样的规定,而通说观点把握为“有犯罪事实”,进而导致容易产生前后规定不一致的认识。其次,“徐稿”在对第153条“释义与论证”中指出“犯罪嫌疑人的身份也要在正式侦查后才能确定”。笔者认为,对于以事立案的案件侦查可以这么认为,但不符合对职务犯罪案件等以人立案的侦查规律。以人立案就是针对犯罪嫌疑人而展开侦查,没有确定被查对象有犯罪嫌疑就不能决定立案侦查,否则将引发侵犯人权的行为。

### (三)初查措施的设计

比例原则是侦查法治化的重要原则,是法律程序正当性的重要体现,包括适当性(或目的性)、必要性(最小的侵害性)以及狭义比例性等三个原则,贯穿于整个刑事诉讼全过程。就初查阶段来讲,作为授权性规范的初查措施设计应当而且必须遵循比例原则,使设计的初查措施契合合目的性和必要性要求。为了论证对初查措施的合理选择,我们不妨考察一下职务犯罪初查实践。在职务犯罪初查中,初查的目的是判明可能存在职务犯罪的线索是否具备刑事诉讼法规定的立案条件,根据职务犯罪特点,基于初查目的,实践中的初查任务一般为收集涉案信息、获取关键证据、辨析线索真伪、探究被查对象动静、摸清关系网络、寻找突破缺口、把握可能无罪的环节等;初查思路一般为查被查对象有无职权职责及履职情况,有无涉嫌犯罪的结果事实(比如贪污贿赂案件的非法所得、渎职侵权犯罪案件的危害结果等),结果事实与职务行为之间有无因果关系,被查对象的基本情况及其关系网络等。因而,需要调查的基本内容是:查阅并调取被查对象的信息资料、职务职责、所处岗位职务的权利和义务运行流程、相关法律法规

规,查阅有关文件资料、会议资料、财务资料,查阅并分析通信信息,了解被查对象的行踪动向等等;需要配置的职权主要包括收集信息权、资讯探悉权、必要的隐私干预权和适度的调取证据权;应当遵循的原则是“秘密进行”。我们再反观两个建议稿关于初查措施的设计,其一,能否引进任意侦查?笔者认为是不宜的。这不仅因为容易混淆“初查”与“侦查”,而且还因为,在理论上对强制侦查与任意侦查区分的标准是一个颇具争议的问题,有“自愿配合说”、“直接有形力说”、“权益侵犯说”,其中第一种观点最有利于实践中把握,然而职务犯罪初查一般是秘密进行的,要秘密就不会也不可能征得初查相对人的同意。笔者还注意到,“陈稿”在修改理由中,谈到立案前的调查措施时,专门列举了“经权利人同意的搜查、提取证据措施”,但在现行条件下侦查权是强势权力,如果权利人的救济程序缺失很难保证“同意”的意思表示的自治性和真实性。其二,如何把握询问、查询、勘验、鉴定、调取证据等措施的实施规则也是一个难题。如查询根据现行刑事诉讼法和陈稿、徐稿的规定,主要是指查询存款汇款,而根据职务犯罪初查实践,为了查清被初查对象是否具有职务便利、是否与利益相关人存在利益关系,离不开查询通讯信息,而这种查询直接关系到对被查对象隐私权的干预,能否使用、如何使用都将引发实践中的困惑。因此,笔者认为,对初查措施的设计还有待于认真总结初查实践经验,依照比例原则作出相应选择。同时,为了有效区分初查与侦查的区别,对初查措施的称谓、特定含义及实施规则也有待深入研究。

#### 参考文献:

- [1] 程荣斌:《中国刑事诉讼法教程》,中国人民大学出版社 1997年版。
- [2] 徐静村 主编:《中国刑事诉讼法(第二修正案)学者建议制稿及立法理由》,法律出版社 2005版。
- [3] 陈光中 主编:《中华人民共和国刑事诉讼法再修改专家建议稿与论证》,中国法制出版社 2006版。
- [4] 陈卫东 主编:《刑事诉讼法资料汇编》,法律出版社 2005年版。
- [5] 王德光、马明慧:“侦查启动原理分析——兼谈立案程序的取消”,载《中国人民公安大学学报》2008年第 6 期。
- [6] 《新华字典》,商务印书馆 2006年版。

(责任编辑 于贺清)